

Prof. mr T. Barkhuysen, mr M.K. Bulterman, mr H.M. Griffioen, mr dr. H.-M.Th.D. ten Napel en prof. dr W.J.M. Voermans

Kroniek van het Nederlands en Europees constitutioneel recht

Kabinetsvisies op belangrijke constitutionele thema's zijn er genoeg. De praktijk blijkt echter weerbarstig, toont het sneven van enkele vernieuwingsvoorstellen aan.

Het Nederlands parlement benut nog onvoldoende de mogelijkheden om daadwerkelijk invloed uit te oefenen op de inhoud van Europese wetgeving.

In Europa is het constitutionele proces een gevoelige slag toegebracht.

Maar er vallen in alle drie onderdelen van deze kroniek – nationale ontwikkelingen, de interactie tussen nationaal en Europees recht en de Europese ontwikkelingen, ook positieve wapenfeiten te melden.



Tom Barkhuysen, Mielle Bulterman, Henk Griffioen, Hans-Martien ten Napel & Wim Voermans zijn verbonden aan het Departement Publiekrecht van de Universiteit Leiden.

I. Inleiding: lessen uit mislukkingen?

Veel meer dan in andere periodes kenmerkten de ontwikkelingen in het Nederlandse en Europese constitutionele recht zich in de periode maart 2004-juli 2005 – ondanks enkele lichtpuntjes – door mislukkingen, onzekerheid en vragen over welke lessen daaruit getrokken kunnen worden. Het project van de Europese Grondwet is daarvan een lichtend voorbeeld, net als op het nationale vlak de gekozen burgemeester en het kiesstelsel. De voorlopige mislukking van de Europese Grondwet betekent ondertussen echter niet dat de ontwikkeling van het Europese constitutionele recht tot stilstand is gekomen. In die zin zijn de bestaande structuren niet gevoelig voor het pas-op-de-plaats-signaal van veel Europese burgers, zij het dat van regeringswege wel steeds is verzekerd dat het huidige voorstel van de Europese Grondwet wat Nederland betreft definitief van de baan is. Op het nationale vlak bleek, bijvoorbeeld, dat het door velen als negatief bestempelde Torenjesoverleg, waarvan onder Balkenende – voor zover

bekend – afscheid leek te zijn genomen, in een gemuteerde vorm een rentree te hebben gemaakt. De thans gehanteerde 'formatieconstructie' draait de rollen van regering en parlement geheel om, waar nu de fractievoorzitters van de coalitiepartijen over gevoelige onderwerpen het voortouw nemen en het kabinet nog slechts nodig lijken te hebben om door hen genomen besluiten uit te voeren.¹ Opmerkelijk in dat licht was trouwens dat de door de Tweede Kamer ingestelde onderzoekscommissie Blok die constateerde dat het integratiebeleid van de afgelopen decennia *niet* als een mislukking kon worden gekwalificeerd, vanwege deze conclusie zwaar onder vuur kwam te liggen in diezelfde Kamer.² Van deze ontwikkelingen wordt verslag gedaan in een thematische kroniek die op hoofdlijnen is onderverdeeld volgens de trits nationaal recht, Europees recht en de verbinding daartussen. Gebeurtenissen rondom het koningshuis blijven daarbij buiten beschouwing en de grondrechten worden aan andere chroniqueurs overgelaten.

1. Zie daarover berichtgeving in *NRC Handelsblad* van 25 juli 2005, p. 3.
2. Rapport Bruggen bouwen, *Kamerstukken II* 2003/04, 28 689, nr 9; *Handelingen II* 2003/04, nr 94, p. 6047-6099.

2. Nationale ontwikkelingen

Kabinetvisies

Aan kabinetvisies op belangrijke constitutionele thema's heeft het de laatste jaren niet ontbroken. Een van de in deze kroniekperiode meest in het oog springende is de nota *Bruikbare rechtsorde*, gedeeltelijk een uitvloeisel van het kabinetsstandpunt over WRR-rapport 'De toekomst van de nationale rechtsstaat'.³ In Bruikbare rechtsorde ontvouwt de Minister van Justitie een uitgebreid actieprogramma om ongewenste effecten van het almaar groeiende aantal regels aan te pakken.⁴ Met name het grote geloof in zelfregulering en -handhaving als remedie en de voorzichtige relativisering van het legaliteitsbeginsel in deze nota leidden tot kritische kanttekeningen in de politiek maar ook vanuit de wetenschap.⁵ Overigens gaf minister Donner in zijn openingstoespraak bij de Dag van de Wetgeving (een tweejaarlijkse bijeenkomst van wetgevingsjuristen) nog een nadere toelichting op de nota. Daarin benadrukte hij onder verwijzing naar 'wetgever' Mozes – kort gezegd – dat de wetgever zich meer volgend zou moeten opstellen en de uitvoering meer het voortouw zou moeten laten nemen.⁶ De kabinetvisie *Andere overheid* – die mede een uitvloeisel is van de afspraak uit het regeerakkoord om de overheid te 'moderniseren' – ademt dezelfde geest.⁷ Belangrijke daarin opgenomen 'actielijnen' zijn: de verbetering van de overheidsdienstverlening aan de burger, het streven naar minder en anders regelen, een betere organisatie van de rijksoverheid en het vernieuwen van de relaties van de rijksoverheid met provincies en gemeenten. Minister De Graaf presenteerde al de eerste voortgangsrapportage waaruit zou blijken dat het programma goed op koers ligt en dat het in 2007 tot concrete en aansprekende resultaten moet hebben geleid.⁸ Genoeg over visies, nu de weerbarstigste praktijk.

Referendum

Het op 1 juni 2005 gehouden landelijke referendum over de ontwerp-Europese Grondwet was een unicum in de Nederlandse staatkundige geschiedenis. Weliswaar vonden in de Bataafse tijd reeds twee grondwetsreferenda plaats, maar sinds de vestiging van het parlementaire stelsel in 1848 werden landelijke referenda door een politieke meerderheid stevast als in strijd met het uitgangspunt van de representatieve democratie beschouwd.

Het grondwetsreferendum was te meer bijzonder omdat – net daarvoor – op 28 juni 2004 de Tweede Kamer nog in tweede lezing het wetsvoorstel tot opnemning in de Grondwet van een correctief referendum had verworpen⁹ en op 1 januari 2005 de Tijdelijke referendumwet was komen te vervallen. Dat het toch tot een referendum over de Europese Grondwet kwam, was te danken aan het initiatiefvoorstel van Karimi (GroenLinks), Dubbelboer (PvdA) en Van der Ham (D66), waarmee de Eerste Kamer op 25 januari 2005 met ruime meerderheid instemde.¹⁰ Hoewel het referendum raadplegend van karakter heette te zijn, gaven de meeste Tweede-Kamerfracties in de aanloop naar het referendum te kennen zichzelf – al dan niet onder bepaalde voorwaarden – gebonden te achten aan de uitslag ervan. Het is een interessante vraag in hoeverre deze 'zelfbinding' op gespannen voet staat met het in artikel 67, derde lid, Grondwet verankerde beginsel van het vrije mandaat. Hoe dit ook zij, na het duidelijke 'nee' van de bevolking zat er voor het kabinet weinig anders op dan op 1 juli 2005 het voorstel tot goedkeuring van het verdrag tot vaststelling van een Europese Grondwet in te trekken.¹¹ Tijdens de referendumcampagne kwam de door de voorzitter van de Tweede Kamer op 10 februari 2005 geïnstalleerde Referendumcommissie, die onder lei-

ding stond van C.A.J.M. Kortmann, in het nieuws doordat zij in haar samenvatting van de tekst van het verdrag artikel I-6 over de voorrang van het recht van de Unie presenteerde als 'nieuwe regel'.¹² Dit leidde blijkens de berichtgeving in de media zelfs nog tot een briefwisseling tussen de voorzitter van de commissie en de verantwoordelijke staatssecretaris waarin die laatste benadrukte dat het slechts een codificatie van geldend recht betrof.¹³ Opmerkelijk was ook dat de voorlichtingscampagne van het kabinet, blijkens een in opdracht van het ministerie van Buitenlandse Zaken verricht kiezersonderzoek, meer kwaad dan goed lijkt te hebben gedaan.¹⁴

Inmiddels lag de opkomst bij het referendum met 63.3 procent aanzienlijk hoger dan bij de Europese verkiezingen van 10 juni 2004, toen deze 39.3 procent bedroeg. Ook in algemenere zin heerste er na het referendum een zekere euforie, ondanks het feit dat – of, volgens sommigen: omdat – het in een belangrijke kwestie de kloof tussen burger en politiek aan het licht had gebracht. Zowel de drie coalitiepartijen als de PvdA en GroenLinks hadden campagne gevoerd vóór de Europese Grondwet, partijen die in totaal goed zijn voor ruim 85 procent van de Tweede-Kamerzetels. Deze euforie leidde tot de indiening van een initiatief-wetsvoorstel voor het vastleggen van een correctief referendum in de Grondwet door Duyvendak (GroenLinks) en Dubbelboer (PvdA) op 28 juni 2005.¹⁵

Teneinde de vertegenwoordigende functie van de Tweede Kamer te versterken, kwam het Presidium – mede naar aanleiding van een op 31 maart 2004 door de Tweede Kamer aangenomen motie-Dubbelboer c.s.¹⁶ – op 8 juni 2005 met het voorstel voor een burgerinitiatief.¹⁷ Volgens dit mede door artikel I-47, vierde lid, Europese Grondwet geïnspireerde voorstel, krijgen 15 000 Nederlandse ingezetenen van zestien jaar en ouder het recht om onder bepaalde voorwaarden een voorstel op de agenda van de Tweede Kamer te plaatsen.

Direct gekozen burgemeester en kiesstelsel

Bij de kabinetsformatie van 2003 had D66 in ruil voor concessies ten aanzien van het referendum de direct gekozen burgemeester en een nieuw kiesstelsel in het Hoofdlijnenakkoord weten te krijgen. Wat het laatste onderwerp betreft, verzond minister De Graaf op 3 februari 2005 een wetsvoorstel tot invoering van een gemengd kiesstelsel naar de Tweede Kamer.¹⁸ Volgens dit wetsvoorstel zou de kiezer twee stemmen krijgen, één op een kandidaat van een landelijke lijst en één op een districts kandidaat. De evenredige vertegenwoordiging bleef gewaarborgd, doordat de zetelverdeling bleef berusten op de uitslag van de stemming op grond van de landelijke lijsten. Vervolgens was het de bedoeling dat 75 zetels zouden worden bezet door kandidaten die waren gekozen in een twintigtal districten, terwijl de andere helft moest worden bezet door op de landelijke lijsten voorkomende kandidaten. Het probleem met dit voorstel was dat er in de Tweede Kamer weliswaar draagvlak bestond voor herziening van het kiesstelsel, maar zich geen meerderheid aftekende voor welke specifieke variant dan ook.

Het door velen als negatief bestempelde Torentjesoverleg bleek in een gemuteerde vorm een rentree te hebben gemaakt.

3. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 279, nr 1.

4. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 279, nr 9. Zie voor een rapportage over de implementatie van de nota *Kamerstukken II* 2004/05, 29 279, nr 24. Vgl. de intrekking van het wetsvoorstel Markt en Overheid, *Kamerstukken II*, 2003/04, 28 050, nr 7.

5. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 279, nr 12 (verslag van overleg in de kamercommissie voor Justitie). Zie voor een kritische analyse R.A.J. van Gestel, 'Wie is er tegen de bruikbare rechtsorde?', *NJB* 2004, p. 1784-1791 en J.M. Polak, 'Bruikbaarheid van de bruikbare rechtsorde', *NJB* 2004, p. 1792.

6. J.P.H. Donner, 'Wetgeving en uitvoering', in: *De wetgevingsjurist aan het werk*, Kenniscentrum Wetgeving, Den Haag 2005, p. 15-20.

7. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 362, nr 1.

8. *Kamerstukken II* 2004/05, 29 362, nr 25.

9. Wetsvoorstel 28 515.

10. Wetsvoorstel 28 885.

Alleen de fracties van CDA, ChristenUnie en SGP stemden tegen.

11. *Kamerstukken II* 2004/05, 30 025 (R1783), nr 8H.

12. www.referendumcommissie.nl.

13. *NRC Handelsblad* 11 mei 2005, Themanummer EGW, p. 2.

14. *Kamerstukken II* 2004/05, 29 993, nr 18. Het betreft: De Europese Grondwet, vervolgonderzoek, deel 3 (mei 2005), p. 31.

15. Wetsvoorstel 30 174.

16. *Kamerstukken II* 2004/05, 29 200 VII, nr 15.

17. *Kamerstukken II* 2004/05, 30 140, nr 1.

18. Wetsvoorstel 29 986.

Wat de direct gekozen burgemeester betreft, diende minister De Graaf, samen met zijn collega Remkes van Binnenlandse Zaken, op 9 november 2004 een voorstel tot wijziging van de Gemeentewet alsmede een voorstel voor een Wet verkiezing burgemeester bij de Tweede Kamer in.¹⁹ Zoals al duidelijk was geworden bij de behandeling van de Hoofdlijnennotitie direct gekozen burgemeester²⁰, was de Tweede Kamer hier evenmin onverdeeld gelukkig mee.²¹ Intussen had de Tweede Kamer eveneens op 9 november 2004 in tweede lezing ingestemd met de deconstitucionalisering van de benoemingswijze van de burgemeester (en de commissaris van de Koning).²² Opvallend was dat bij deze gelegenheid vier leden van de PvdA-fractie, onder wie Klaas de Vries, tegen stemden, omdat ze het huidige artikel 125, derde lid, Grondwet (dat bepaalt dat het voorzitterschap van de raad/provinciale staten wordt uitgeoefend door de burgemeester of de direct gekozen burgemeester/CvK) in de weg vonden staan aan de direct gekozen burgemeester. Pas op 31 januari 2005 diende het kabinet grondwetswijzigingsvoorstel in tot aanpassing van artikel 125 Gw en dan uiteraard nog slechts ter overweging in eerste lezing.²³ Op 22 maart 2005 verwierp de Eerste Kamer vervolgens het voorstel tot deconstitucionalisering van de burgemeestersbenoeming en bracht daarmee een einde aan het ministerschap van De Graaf.²⁴ Vier dagen later bereikten de coalitiefracties overeenstemming over voortzetting van de coalitie.²⁵ Naast andere zaken, hield dit zogeheten 'Paasakkoord' in dat er een nieuw voorstel zou komen voor de direct gekozen burgemeester. Het wetsvoorstel over het gemengde kiesstelsel werd ingetrokken. Op 30 maart 2005 trad vervolgens D66-partijvoorzitter Pechtold aan als nieuwe minister voor Bestuurlijke vernieuwing en Koninkrijksrelaties. Minister van Economische Zaken Brinkhorst volgde De Graaf op als vice-premier. Op 2 april 2005 stemde zeventig procent van de D66-leden vervolgens in met de voortzetting van deelname aan de coalitie op basis van het Paasakkoord. Vervolgens stuurde Pechtold op 6 juli 2005 stuurde deze zijn 'democratische vernieuwingsagenda' naar de Kamer.²⁶ De komende twee jaar zullen in het teken staan van een vernieuwingsrace tegen de klok.

Procedure en beleid herziening Grondwet

Op 14 december 2004 stelde PvdA-senator Jurgens in de Eerste Kamer de pijnlijke vraag aan de orde of de hierboven genoemde grondwetswijzigingsvoorstellen überhaupt in tweede lezing behandeld hadden mogen worden. Na de Tweede-Kamerverkiezingen van 15 mei 2002 duurde het namelijk enige tijd voordat het kabinet-Balkenende I deze oorspronkelijk door het kabinet-Kok II ingediende voorstellen in tweede lezing aanbod. Aangezien het kabinet-Balkenende I vervolgens reeds na minder dan drie maanden ten val kwam, kwam pas de na de Tweede-Kamerverkiezingen van 22 januari 2003 gekozen Tweede Kamer toe aan behandeling ervan. Hoewel om uiteenlopende redenen, werden uiteindelijk de tweede-lezingsvoorstellen – ook in de Eerste Kamer – gewoon behandeld. Daarmee kan worden aangenomen dat deze praktijk in overeenstemming is met artikel 137 Grondwet, zij het dat er bij enkele senatoren nog (theoretische) reserves bleven bestaan en ook de vraag werd opgeworpen of de tekst van dit grondwetsartikel zou moeten worden verduidelijkt. De Graaf stelde hierover bij deze gelegenheid een notitie in het vooruitzicht, die – voorzover kon worden nagegaan – nog niet is uitgebracht.²⁷ Vermelding verdient ook dat er vragen zijn gerezen over het grondwetsherzieningsbeleid. Moeten wijzigingen tot een minimum worden beperkt of moet de

tekst van de Grondwet de actuele ontwikkelingen zo nauwgezet mogelijk volgen? Ook hierover moet de eerdergenoemde Nationale Conventie zich buigen.²⁸ Ten slotte een grondwetsherziening die het wel haalde: het toegevoegde artikel 57a dat de vervanging van zieke of zwangere kamer-, provinciale staten- en gemeenteraadsleden mogelijk maakt.²⁹

De af- dan wel uitgestelde derde fase van de herziening van de rechterlijke organisatie en de positie van de Raad van State

Als het aan het kabinet ligt, gaat de beoogde derde fase van de herziening van de rechterlijke organisatie (betreffende de bestuursrechtspraak in hoogste instantie) niet door.³⁰ Daarmee weigert het kabinet een keuze te maken tussen de op grond van een eerdere nota daarvoor voorliggende scenario's: integratie in de gewone rechterlijke macht, concentratie van bestuursrechtspraak in hoogste instantie buiten de gewone rechterlijke macht of een gedeeltelijke integratie in de gewone rechterlijke macht.³¹ Naar het oordeel van het kabinet liggen de problemen niet op het institutionele vlak en kan – mede in verband met de eigen aard van de bestuursrechtspraak en de negatieve gevolgen van een ingrijpende reorganisatie – volstaan worden met de volgende vier maatregelen:

- Instelling van een gemeenschappelijke rechtseenheidskamer;
- Een beperkte herverkaveling van bevoegdheden tussen de ABRvS, het CBB en de CRvB;
- Enige aanpassingen van het procesrecht ter bevordering van een meer effectieve en definitieve geschilbeslechting en
- Overbrenging van de bepalingen inzake hoger beroep in bestuursrechtelijke zaken naar de Awb.

Het kabinet grijpt de nota met zijn visie over de derde fase aan om ook voorstellen te doen met betrekking tot de positie van de Raad van State. Deze voorstellen waren al aangekondigd, mede naar aanleiding van de EHRM-uitspraak *Kleyn e.a. t. Nederland*.³² Daarin werd namelijk – hoewel er door de meerderheid geen schending van artikel 6 EVRM werd vastgesteld – overwogen dat het niet zeker is dat er ten aanzien van de Raad van State voldoende waarborgen gelden om te voorkomen dat leden van de Afdeling bestuursrechtspraak zich buigen over kwesties waarin een 'same case' of 'same decision' aan de orde is als in een eerder wetgevingsadvies waarbij zij betrokken waren.³³ Het kabinet grijpt deze kritiek niet aan voor een principiële scheiding van de rechtspraak- en adviesfunctie vanwege de voordelen die zouden zijn verbonden aan de (personele) dubbelfunctie. Wel moet de adviestaak volgens het kabinet worden geconcentreerd bij een kleiner aantal staatsraden en moet er een aparte Afdeling wetgeving worden ingesteld. Verder moet het aantal volle staatsraden terug worden gebracht naar maximaal vijftien tot twintig. Deze staatsraden zijn dan in de regel lid van beide afdelingen, maar het is mogelijk hen met slechts één van beide taken te belasten. Staatsraden in buitengewone dienst zijn geen lid van de Raad maar wel van één van zijn beide afdelingen en kunnen anders dan nu voltijds worden benoemd. Ten slotte moet de nu reeds binnen de Raad toegepaste regel dat een staatsraad niet deelneemt aan de behandeling van een beroep indien hij betrokken is geweest bij de advisering over dezelfde aangelegenheid in de Wet op de Raad van State worden gecodificeerd. Op deze wijze zou volgens het kabinet aan de eisen van het EVRM worden voldaan.

Hoewel het kabinet aankondigde daarmee snel te komen, liggen de voor deze operatie noodzakelijke wetsvoorstellen nog steeds niet op tafel. Dat zou te maken kunnen hebben met de nogal kritische ontvangst van de voornemens in de Tweede Kamer en

19. Wetsvoorstel 29 864 respectievelijk 29 865.

20. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 223, nr 1.

21. Dat valt af te leiden uit wetsvoorstel 29 958.

22. Wetsvoorstel 28 509.

23. Wetsvoorstel 29 978.

24. Wetsvoorstel 28 509.

25. *Kamerstukken II* 2004/05, 30 056, nr 1.

26. *Kamerstukken II* 2004/05, 30 184, nr 1.

27. Zie Handelingen I 2004/05, nr 12, p. 568-573.

28. *Kamerstukken II* 2004/05, 30 184, nr 1, p. 10.

29. Wet van 20 januari 2005, *Stb.* 2005, 52.

30. *Kamerstukken II* 2003/04, 25 425, nr 7.

31. Keuzen voor de bestuursrechtspraak, *Kamerstukken II* 2000/01, 26 352, nr 47.

32. *Kamerstukken II* 2002/03, 25 425, nr 6.

33. EHRM 6 mei 2003, *JB* 2003, 119, m.nt. AWH, *AB* 2003, 211, m.nt. LV/BdW, *NJCM-Bulletin* 2004, p. 723 e.v., m.nt. Reestman/Van der Vlies, *NJ* 2004, 15, m.nt. PJB.

Er zijn vragen gerezen over het grondwetsherzieningsbeleid. Moeten wijzigingen tot een minimum worden beperkt of moet de tekst van de Grondwet de actuele ontwikkelingen zo nauwgezet mogelijk volgen?

de vrees dat een kamermeerderheid de voorstellen ten aanzien van de Raad van State, mede in het licht van de *Kleyn*-uitspraak, niet ver genoeg vindt gaan en wellicht zou kunnen amenderen.³⁴ Misschien is er dan ook nog geen sprake van afstel maar slechts van uitstel van de derde fase van de herziening van de rechterlijke organisatie ...

De rechter en de politiek

Onder de titel 'Grenzen aan de rechtspraak?' vond in december 2004 de jaarlijkse Staatsrechtconferentie plaats te Nijmegen. Centraal stond de vraag wanneer de rechter moet afzien van een oordeel indien hij daarmee in het vaarwater van democratisch gelegitimeerde organen zou komen.³⁵ Deze vraag kwam in deze kroniekperiode ook pregnant aan de orde in de Nederlandse rechtspraak. De uitspraak inzake Waterpakt c.q. de Nitraatrichtlijn leerde ons al dat de mede uit artikel 120 Grondwet voortvloeiende plaats van de rechter in het staatsbestel in de weg staat aan een rechterlijk bevel tot het totstandbrengen van formele wetgeving ter implementatie van een EG-richtlijn.³⁶ Blijkens een latere uitspraak van de Hoge Raad geldt datzelfde – los van artikel 120 Grondwet – voor een bevel tot intrekking van een provinciale verordening ter implementatie van EG-recht.³⁷ Deze uitspraken bleven niet zonder kritiek.³⁸ Een klassieke 'political question' was aan de orde in een zaak waarin was gesteld dat het optreden van Nederlandse militairen in Afghanistan onrechtmatig is en verboden zou moeten worden. De Hoge Raad wees de vordering terzake af waarbij de overweging dat de rechter zich niet moet begeven op het terrein van politieke afwegingen een belangrijke rol speelde.³⁹

De rechter respecteert daarmee een zekere eigen ruimte voor de politiek; een motief dat ook een rol speelde bij de afwijzing door het kabinet van de uitbreiding van de strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid voor optreden in het parlement. Om een standpunt terzake was gevraagd door het SP-kamerlid De Wit naar aanleiding van een aantal gevallen van vermeende misleiding van het parlement.⁴⁰ Overigens is het officieel nog steeds stil rondom de voorstellen die de Commissie Roelvink heeft gedaan tot uitbreiding van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden.⁴¹ Mede naar aanleiding van de EHRM-uitspraak inzake *Öneryildiz t. Turkije* is van de zijde van het PvdA-kamerlid Wolfsen een initiatief-

wetsvoorstel aangekondigd.⁴² Naar inmiddels goed Haags gebruik is niet uitgesloten dat de regering zal trachten op dit punt het initiatief te herwinnen met een eigen voorstel. Wat daarvan ook zij, op sommige punten zou er dus blijkbaar aanleiding kunnen bestaan om minder (exclusief) te vertrouwen op politieke verantwoording. Of de rechter ook een rol gaat krijgen bij de toetsing van de grondwettigheid van formele wetgeving lijkt thans onzekerder dan in de vorige kroniekperiode. Het (initiatief)wetsvoorstel Halsema c.s. tot aanpassing van artikel 120 Grondwet, dat de Tweede Kamer in eerste lezing betrekkelijk soepel passeerde, bleek bij een eerste bespreking in de Eerste Kamer namelijk op de nodige reserves te stuiten.⁴³

Het eide van de ZBO's?

Het waren roerige tijden voor de zelfstandige bestuursorganen (ZBO's). Naar aanleiding van enkele affaires werd een interdepartementale werkgroep onder leiding van oud-staatssecretaris Kohnstamm ingesteld die moest adviseren over het lot van de ZBO's. De werkgroep concludeerde dat vrijwel alle huidige ZBO's kunnen vervallen omdat er voor hun bestaan inhoudelijk en juridisch geen noodzaak zou zijn.⁴⁴ De werkgroep beoogde daarmee het primaat van de ministeriële verantwoordelijkheid te herstellen. Op het rapport kwam veel kritiek, maar Zijlstra heeft in dit tijdschrift in een commentaar aangegeven het eens te zijn met de gekozen benadering maar omwille van – kort gezegd – de negatieve effecten geen voorstander te zijn van een snelle en rigoureuze reorganisatie om de ZBO's weer in de departementen te halen.⁴⁵ Het kabinet is blijkens zijn reactie ook geen voorstander van het opheffen van alle ZBO's, maar geeft wel aan andere voorstellen van de werkgroep Kohnstamm te onderschrijven, zoals een kritischer toets of de instelling van een ZBO noodzakelijk is en het verduidelijken van de ministeriële bemoeienis met stichtingen zonder bestuursstaken.⁴⁶ Opvallend is bovendien dat het kabinet in deze reactie ook aangeeft de in 2002 onder het kabinet Balkenende I in de Eerste Kamer bevroren behandeling van de Kaderwet ZBO's voort te willen zetten. Deze wet beoogt het wettelijke kader te bieden waaraan alle regelingen met betrekking ZBO's dienen te voldoen. Daarmee wordt voldaan aan een wens van de NJV-adviseurs Verhey & Verheij.⁴⁷ De conclusie van dit alles kan zijn dat ZBO's dus nog wel even blijven bestaan

34. Vgl. een verslag van een algemeen overleg terzake, *Kamerstukken II* 2004/05, 25 425 en 29 800 VII, nr 8. Zie voor kritiek ook het commentaar van I.C. van der Vlies, *NJB* 2004, p. 1076 en A.F.M. Brenninkmeijer, 'Trias juridica', *NJB* 2004, p. 1159.

35. Zie de bundel, P.P.T. Bovend'Eert, P.M. van den Eijnden & C.A.J.M. Kortmann (red.), *Grenzen aan de rechtspraak, Political question, acte de gouvernement en rechterlijk interventionisme*, Deventer 2004. Vgl. ook, N.J.H. Huls, *Rechter, ken uw rechtspolitieke positie!*, Utrecht 2004.

36. HR 21 maart 2003, *NJ* 2003, 60, *AB* 2004, 39, m.nt. ChB.

37. HR 1 oktober 2004, *JB* 2004, 385, *NJ* 2004, 679,

m.nt. TK.

38. Zie bijv. J.E.M. Polak, 'Zit er nog muziek in gebods- en verbodsacties ter zake van wetgeving?', *O&A* 2004, p. 168-179.

39. HR 6 februari 2004, *NJ* 2004, 329.

40. *Kamerstukken II* 2004/05, 29 800 VII en 29 436, nr 44.

41. *Kamerstukken II* 2001/02, 25 294, nr 15.

42. EHRM 30 november 2004, *Öneryildiz t. Turkije II*, *AB* 2005, 43, m.nt. Woltjer, EHRC 2005, 10, *NJ* 2005, 210, m.nt. EAA, *M&R* 2005, 13, m.nt. MK.

43. *Kamerstukken I* 2004/05, 28 331, B. Overigens lijkt opheffing van het toetsingsverbod alleen wenselijk wanneer rechters niet de door het Supreme Court lid Scalia voorgestane 'original intent' toetsingsme-

thode zouden hanteren – alleen de Koning zou daar namelijk baat bij hebben. Zie voor terechte kritiek Th. Mertens, 'Behoed ons voor Scalia's!', *NJB* 2004, p. 2291-2293.

44. Een herkenbare staat: investeren in de overheid, Den Haag 2004.

45. S.E. Zijlstra, 'Weg met de zelfstandige bestuursorganen?', *NJB* 2004, p. 1980-1986.

46. *Kamerstukken II* 2004/05, 25 268, nr 20.

47. L.F.M. Verhey & N. Verheij, 'De macht van de marktmeesters – Marktoezicht in constitutioneel perspectief', *Preadvies NJV*, Deventer 2005, p. 135-332.

en ook niet valt te verwachten dat er een eind zal komen aan de aanwas van deze organisaties.⁴⁸

Terrorisme

In reactie op de voortdurende dreiging van terrorisme de laatste jaren is een groot aantal wetten en maatregelen van kracht geworden dat gericht is op voorkoming van aanslagen en het effectiever aanpakken van (potentiële) daders.⁴⁹ De schokkende moord op Theo van Gogh was – behalve voor een heftig debat over de grenzen van de vrijheid van meningsuiting en godsdienstvrijheid⁵⁰ – mede aanleiding voor de aankondiging van een nieuwe serie vergaande maatregelen, onder meer gericht tegen de verspreiding van de radicaal islamitische ideologie.⁵¹ Het belang van Europese samenwerking – onder meer door informatie-uitwisseling – wordt daarbij steeds benadrukt. Hoewel er relatief veel kritiek is op de effectiviteit en proportionaliteit van de maatregelen, draait de wetgevingsmachine op volle toeren en is er thans sprake van een uitbreiding van de bevoegdheden van autoriteiten die enkele jaren geleden nog ondenkbaar zou zijn geweest.⁵² Er bestaat nog geen overeenstemming over een goede balans tussen veiligheidsbevorderende maatregelen en andere fundamentele waarden van de rechtsstaat zoals privacy en rechtsbescherming. Precies aan dat laatste thema wijdde het Nederlands Juristencomité voor de Mensenrechten zijn lustrumcongres.⁵³

De Koninkrijksrelaties

De festiviteiten rond de viering van vijftig jaar Statuut op 15 december 2004 hebben de aandacht voor de op belangrijke onderdelen stroeve koninkrijksrelaties geïntensiveerd.⁵⁴ Daarbij speelde het in oktober 2004 door de werkgroep Jessurun uitgebrachte advies *Nu kan het ... nu moet het!* een belangrijke rol.⁵⁵ Hierin wordt geadviseerd de Nederlandse Antillen op te heffen, Curaçao en Sint Maarten (net als eerder Aruba) een autonome status te geven en Bonaire, Saba en Sint Eustatius tot koninkrijkseilanden te maken. Dit voorstel zou een uitweg moeten bieden nu zowel de behoefte aan als de potentie voor volledige onafhankelijkheid van deze eilanden ontbreekt, terwijl er tegelijkertijd geen draagvlak lijkt te bestaan voor het voortbestaan van de Nederlandse Antillen in hun huidige vorm. Ondertussen lijkt het er niet op dat de betrokken partijen het langs de lijnen van dit voorstel eens kunnen worden over een nieuwe staatkundige structuur en daarmee verband houdende financiële verhoudingen.⁵⁶ Verder doen zich – in vervolg op de commotie over de bolletjesslikkers en het gestelde wanbestuur en gebrek aan integriteit – nieuwe problemen voor met Nederland als gevolg van de aangekondigde beperking van de migratie van (jonge) Antillianen en Arubanen.⁵⁷ Deze zou vol-

gens de minister-president van de Nederlandse Antillen, Ys, in strijd zijn met onder meer het discriminatieverbod.⁵⁸ Hoewel de Antilliaanse en Nederlandse internationale economische belangen steeds verder lijken te divergeren als gevolg van het feit dat Nederland lid is van de EU en dat niet geldt voor Aruba en Nederlandse Antillen, worden deze eilanden wel steeds geconfronteerd met (de gevolgen van) EU-regelgeving. Mede om deze reden heeft een aantal Antillianen dat de Nederlandse nationaliteit bezit maar niet gedurende tien jaren of langer in Nederland heeft verbleven en om die reden geen stemrecht heeft voor het Europees Parlement, deze kwestie met een beroep op het discriminatieverbod, het kiesrecht en Europese burgerschapsrechten (art. 17 EG) ahangig gemaakt voor de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Dat gebeurde in maart 2004, vlak voor de verkiezingen voor het Europees Parlement van 10 juni 2004. Door prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EG heeft de Afdeling deze, ook gezien de timing, netelige kwestie voorlopig weten te neutraliseren.⁵⁹ Dat brengt ons als vanzelf bij het volgende hoofdonderwerp van deze kroniek, de verhouding met het Europese recht.

3. Verhouding nationaal recht en Europees recht

Nederland als Europese medewetgever: de communautaire wetgevingsketen

In zijn jaarverslag 2004 stelt de Raad van State: 'Het verschijnsel dat allerlei zaken niet meer louter worden beheerst door (autonoom) nationaal recht maar door een combinatie van communautair recht en nationale uitvoeringsregels, heeft echter zo'n vlucht genomen dat het co-actorschap van Europese en nationale wetgevers moet worden gezien als een blijvend fenomeen.' Volgens de Raad noopt de dynamiek van de 'communautaire wetgevingsketen' – die loopt van de voorbereiding van regels in Brussel tot nationale omzetting, uitvoering en handhaving (implementatie) van die regels in Nederland – tot een nadere doordenking van de Nederlandse inbreng en de rol van de daarin betrokken actoren (in eerste instantie regering, parlement, maar ook adviesorganen, rechters en uitvoerende bestuursorganen).⁶⁰ Een effectief aandeel in de steeds verder verstregende Nederlandse en Europese wetgeving houdt in dat de betrokken Nederlandse instellingen waar nodig zo vroeg mogelijk interveniëren. Dat gebeurt tot nu toe nog suboptimaal. Volgens Van Schendelen⁶¹ en Voermans⁶² benut vooral het Nederlandse parlement op dit ogenblik onvoldoende de mogelijkheden om, via de beïnvloeding van de regering bij haar standpuntbepaling op het Europese toneel, daadwerkelijk

48. Zo is de de NMa sinds 1 juli 2005 een ZBO (*Stb.* 2005, 172).

49. Zie voor een overzicht van gerealiseerde wetgeving, *NJB* 2004, p. 1823-1824 en *NJB* 2005, p. 279.

50. Vgl. P.B. Cliteur, 'Godslastering en zelfcensuur na de moord op Theo van Gogh', *NJB* 2004, p. 2328-2335; J. Griffiths, 'Geef mij meer fatsoen en minder recht!', *NJB* 2004, p. 2336-2337.

51. Zie o.a. *NJB* 2004, p. 2221-2224.

52. Zie voor een behandeling van de kritiek van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, *NJB* 2004, p. 232-233. Zie ook E. Prakken, 'Naar een cyclopisch (straf)recht', *NJB* 2004, p. 2338-2344 en de Rede van de voorzitter van de NJV, J.W. Fokkens, 'Strafrecht en terrorisme', *NJB* 2004, p. 1347-1351.

53. Een bundeling van de bijdragen daaraan verschijnt eind van dit jaar.

54. Vgl. ook A.B. van Rijn, 'Vijftig jaar Statuut: hoe verder?', *NJB* 2004, p. 2276-2283; H. Fernandes Mendes, 'Naderend einde dekolonisatie Antillen', *NJB* 2004, 2284-2285. Zie eerder al de afscheidsrede van de President van de Hoge Raad, W.E. Haak, 'De taak van de Hoge Raad in Europa en in het Koninkrijk', *NJB* 2004, p. 881-888 (die voorstellen doet m.b.t. de structuur van de rechtspleging op de Nederlandse Antillen en Aruba i.v.m. het waarborgen van de effectieve uitoefening van de rechtsmacht van de Hoge Raad terzake).

55. *Kamerstukken II* 2004/05, 29 800 IV, nr 6.

56. *Kamerstukken II* 2004/05, 29 800 IV, nr 25 (brief van de Minister van BVK met onder meer een verslag van zijn bezoek aan de betrokken eilanden).

57. *Kamerstukken II* 2004/05, 26 283, nrs 1 e.v.

58. *Kamerstukken II* 2004/05, 26 283, nrs 21 en 22.

59. ABRvS 13 juli 2004, nrs 200404446/1 en 200404450/1, C-300/04 (Eman en Sevinger).

60. Raad van State, Jaarverslag 2004, Den Haag 2004, p. 141-142.

61. R. van Schendelen, Naar Binnenhofse beïnvloeding van EU-besluitvorming, Advies op 23 maart 2004 uitgebracht aan de Gemengde commissie toepassing subsidiariteit (GC 24).

62. W.J.M. Voermans, 'De Nederlandse wetgever in de communautaire toekomst', in: P. Koorn & L.H.M. Loeber (red.), *De betekenis van de Europese Conventie voor de wetgevingspraktijk*, Preadviezen voor de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid, Den Haag 2004.

Er bestaat nog geen overeenstemming over een goede balans tussen veiligheidsbevorderende maatregelen en andere fundamentele waarden van de rechtsstaat zoals privacy en rechtsbescherming.

invloed uit te oefenen op de inhoud van Europese wetgeving. Wellicht biedt de instelling per juni 2004 van een permanent vertegenwoordiger van het Nederlandse parlement bij het Europees Parlement hier enig soelaas.

De wijze waarop in de communautaire wetgevingsketen tussen nationale en Europese actoren wordt samengewerkt, is niet alleen van belang voor het juist doen landen van het nationale belang, maar ook voor de kwaliteit van die Europese regelgeving. Europese regelgeving die niet wordt gedragen, niet voldoende wordt uitgevoerd of toegepast schiet haar doel voorbij.⁶³ Aanscherping van kwaliteits-, aansprakelijkheids-, uitvoerings- en handavingsinstrumenten is van belang voor het verbeteren van Europese wetgeving, maar volstaat als zodanig niet. Het is ook belangrijk waar mogelijk zelfs af te zien van regelgeving.⁶⁴ In dit licht moeten ook de Europese maatregelen betreffende 'Beter wetgeven' worden gezien die onlangs zijn gelanceerd. Het nieuwe Interinstitutionele Akkoord beter wetgeven uit december 2003⁶⁵ scherpt bijvoorbeeld de communautaire wetgevingsactoren o.a. in om meer aandacht te hebben voor de mogelijkheden tot zelf- en co-regulering, alternatieve interventie-instrumenten, ex ante evaluatie, coördinatie in de wetgevingsketen en de implementatiedimensie van Europese regelgeving.⁶⁶ Daarnaast wordt gewerkt aan deregulering en vereenvoudiging van wetgeving. De uitslag van het Nederlandse referendum over de Europese Grondwet betekent dat de nieuwe wetgevingsinstrumenten en wetgevingsprocessen die in het voorstel voor de Europese Grondwet besloten lagen in ieder geval niet op korte termijn voor Nederland zullen worden gerealiseerd.⁶⁷ Heel veel betekenis heeft dat niet, al is het jammer dat de hiërarchie van communautaire regels en de heldere regeling van delegatie van regelgevingsbevoegdheid uit de artikelen I-35 tot en met I-37 van het voorstel hierdoor niet kunnen worden doorgezet. Deze artikelen waren en zijn in de discussie over de Europese Grondwet nauwelijks omstreden. De verwachting is

daarom reëel dat deze en wellicht ook andere, betrokken technisch, voorstellen uit de Europese Grondwet alsnog op de een of andere manier worden vastgesteld.

In 2004 laaide, onder invloed van een in dat jaar oplopend omzettingstekort, de discussie over de versnelde implementatie van EG-richtlijnen op. Op 16 maart 2004 werd het wetsvoorstel totstandkoming en implementatie van EG-besluiten op het terrein van de energie, post en telecommunicatie bij de Tweede Kamer ingediend.⁶⁸ Het wetsvoorstel kende een omstreden stelsel⁶⁹ op grond waarvan richtlijnen snel via lagere regelgeving zouden kunnen worden omgezet in nationaal recht. Bepalingen van gedelegeerde regelingen zouden soms zelfs in de plaats kunnen treden van formeelwettelijke bepalingen. De mare is dat momenteel het voorstel vanwege alle kritiek wordt heroverwogen. De discussie over versnelde implementatie van EG-richtlijnen is inmiddels levendig. Van den Brink doet in zijn proefschrift een voorstel om – naar Brits en Deens voorbeeld – deze via een speciale vereenvoudigde wetsprocedure (via een stilzwijgende goedkeuring) om te zetten.⁷⁰ Daarbij zoekt hij wisselgeld voor het verloren aandeel van het parlement bij de omzetting van EG-richtlijnen, in het eerder en beter betrekken van het parlement bij de voorbereiding van de richtlijn zelf. Rechtsvergelijkend onderzoek laat zien dat ook de snelheid van implementatie en omzetting gebaat is bij intensieve betrokkenheid van het nationale parlement bij de onderhandelingen over voorgenomen Brusselse regelgeving.⁷¹ Uit de voortzetting van de Gemengde commissie toepassing subsidiariteit blijkt dat ook het Nederlandse parlement aan de verbetering van die betrokkenheid wil werken.

Inmiddels is duidelijk dat het aandeel van (omgezette) EG-richtlijnen ten opzichte van 'thuisgestookte' regelgeving jarenlang aan de hoge kant is ingeschat. Onderzoek van Bovens en Yesilkagit toont aan dat slechts 12,5 procent van Nederlandse regelgeving voortvloeit uit EG-richtlijnen.⁷² Vinnige tegenstoten die er toe strekken te bewijzen dat een veel hoger percentage van de Nederlandse regelgeving direct of indirect het resultaat is van Europese besluiten, doen daar niet aan af.⁷³

Nationale ontwikkelingen rond doorwerking

De Hoge Raad heeft uitsluitend gegeven in een dogmatische discussie over de betekenis van de Nederlandse Grondwet voor de doorwerking van het Gemeenschapsrecht.⁷⁴ Het cassatiemiddel in deze zaak luidde dat de bepalingen in de Europese verordening over verplichte rusttijden niet 'een ieder verbindend'

63. Zie in die zin E.M.H. Hirsch Ballin & L.A.J. Senden, *Co-actorship in the Development of European Law-making, The Quality of European Legislation and its Implementation and Application in the National Legal Order*, Den Haag 2005, m.n. p. 11-15.

64. Zie ook A.C.M. Meuwese & W. den Ouden, 'Zorgdragen voor de naleving van Europees recht door decentrale overheden', R.J. van Gestel, 'Vreemde ogen dwingen, maar zien ze ook alles?' en W.J.M. Voermans, 'De communautarisering van toezicht en handhaving', gedrukt in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Recht realiseren, Bijdragen rondom het thema adequate naleving van regels*, Deventer 2005, p. 89-108, 109-129 en p. 69-87.

65. *PbEG* 2003, C-321/01. Het akkoord vormt een uitvloeisel van het Actieplan vereenvoudiging en verbetering regelgeving van de Europese Commissie, COM 2002 275-278 def.

66. Het tijdschrift *RegelMaat* wijdde in 2005 een speciale editie aan het Europese beter-wetgeven-initiatief en het Interinstitutionele akkoord van 2003. Zie *RegelMaat* 2005, aflevering 3.

67. Zie over de doorrekening van de mogelijke betekenis van deze nieuwe instrumenten en processen o.a. R. Barents, in zijn mooie, maar mogelijk louter rechtshistorische boek, *Een grondwet voor Europa*, Deventer 2005, hoofdstuk 10, p. 329-368.

68. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 474, nrs 1-3.

69. Zie o.a. M. Smit & J.W. Sap, 'Ondermijnt Brinkhorst de positie van het parlement bij de implementatie van richtlijnen?', *NJB* 2005, p. 845-846. Zie ook Voermans 2004.

70. A. van den Brink, 'Regelgeving in Nederland ter implementatie van EU-recht' (diss. Rotterdam), Deventer 2004.

71. Zie het rapport van het Asser Instituut, Implementatie EG richtlijnen vergeleken: Een onderzoek naar de

implementatiepraktijk in een aantal EU-lidstaten in het bijzonder op het terrein van het maritiem verkeer, Den Haag 2004.

72. M.A.P. Bovens & K. Yesilkagit, 'De invloed van Europese richtlijnen op de Nederlandse wetgever', *NJB* 2005, p. 520-529.

73. Zie de discussie die zich tussen van Schendelen en Bovens/Yesilkagit in het *NJB* ontspon: M.P.Ch.M van Schendelen, 'Europese regeldruk als mythologie', *NJB* 2005, p. 793 en M.A.P. Bovens & K. Yesilkagit, 'Ontmythologiseren gaat van au', *NJB* 2005, p. 794.

74. HR 2 november 2004, *NJ* 2005, 80, m.nt. EAA (verplichte rusttijden). Zie hierover E.M.H. Hirsch Ballin, 'Constitutionele rechtsvorming in Europees perspectief', *AA* 2005, p. 500-504 en T. Barkhuysen, H.M. Griffioen & W.J.M. Voermans, 'Artikelen 93 en 94 Grondwet volgens Hoge Raad niet van belang voor doorwerking EG-recht', *NJB* 2004, p. 2289-2290.

waren in de zin van artikel 93 en 94 van de Grondwet en dus geen gelding hadden boven Nederlandse wetgeving, maar de Hoge Raad haalde een streep door deze redenering door op te merken dat '[d]ie gelding niet [is] gebaseerd op het stelsel van artikelen 93 en 94 GW'. Er kan nu geen misverstand meer over bestaan dat de Grondwet voor een Nederlandse rechter niet als laatste toetssteen kan dienen voor wat betreft de werking van het Gemeenschapsrecht in de eigen rechtsorde – voorzover hier ondanks het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet ooit al sprake van had kunnen zijn. In verband met het Nederlands grondwettelijk stelsel, dat al sinds 1953 bijzonder open is naar het internationale recht⁷⁵ kan recentelijk nog worden gewezen op de steeds soepeler omgang van met name de Hoge Raad met het fenomeen 'onrechtmatige rechtspraak', in het bijzonder met het oog op rechterlijke fouten die aan het licht zijn gekomen door uitspraken van Europese rechters.⁷⁶ Een open en actieve houding van de Nederlandse rechter ten opzichte van Europees recht wordt ook bepleit door M. Scheltema in zijn Utrechtse oratie.⁷⁷

Europeesrechtelijke ontwikkelingen rond doorwerking

De afwijzing van de Europese Grondwet werpt Europa terug op de oude bedeling van Amsterdam en Nice, waartoe ook de complexe pijlerstructuur behoort. Het tekende zich al langer af dat de aard van de tweede en derde pijler niet diametraal tegenover de 'communautaire' pijler stond, en in dit proces van toenadering is weer een belangrijke stap gezet. Het HvJ EG heeft in de zaak Pupino een sterke impuls gegeven aan het rechtsgehalte van Kaderbesluiten in de Ruimte voor vrede, veiligheid en recht.⁷⁸ Het Hof bepaalde dat een nationale rechter verplicht is om nationale regels op de gebruikelijke manier door conform interpretatie om te buigen om aan een Europese regeling te voldoen, ook wanneer het gaat om een Kaderbesluit in de derde pijler. Dit is opmerkelijk, omdat in artikel 34 lid 2 sub b EU staat dat een Kaderbesluit geen rechtstreekse werking kan hebben, kennelijk omdat er de Verdragsluitende partijen veel aan gelegen was om de impact van deze besluiten te beperken. Ook voor het HvJ EG bepleitten de regeringen van Frankrijk, Italië en Nederland dat een Kaderbesluit ten enenmale ongeschikt is om in een nationaal geding te figureren. Het Hof redeneert vanuit het tegenovergestelde: waarom zouden de lidstaten hebben afgesproken om een facultatieve rechtsmacht van het Hof toe te staan om prejudiciële vragen over Kaderbesluiten te beantwoorden, wanneer zij niet van zins zouden zijn de juridische werking van deze besluiten zo indringend mogelijk te laten zijn? Zo concludeert het Hof op basis van de juridische binding die met het instrument Kaderbesluit is beoogd, tot de verplichting voor een nationale rechter om 'Kaderbesluitconform' te interpreteren. Daarbij gelden dezelfde grenzen als bij de richtlijnconforme interpretatie – zo kan deze niet *contra legem* zijn – en maant het Hof tot extra behoedzaamheid wanneer het om strafbaarstellingen gaat.

Een andere belangrijke kwestie speelde in een zaak met betrekking tot Berlusconi. Daarin moest het HvJ EG zich uitspreken over een rechtsvraag die direct bepalend is voor de strafrechtelijke vervolging van deze regeringsleider.⁷⁸ Hij werd in Italië vervolgd wegens vervalsing van de jaarrekeningen van een aantal van zijn vennootschappen in de periode 1986-1989. De toepasselijke Italiaanse wetgeving is in 2002 aanmerkelijk versoepeld, als gevolg waarvan Berlusconi buiten schot blijft. De Italiaanse rechter vraagt zich echter af of de nieuwe Italiaanse wetgeving wel verenigbaar is met de toepasselijke Europese vennootschapsrichtlijnen, gezien de lichte sancties

die deze wet op vervalsing van de boekhouding stelt. In antwoord op deze vraag merkt het Hof op dat het beginsel van retroactieve toepassing van de lichtste straf behoort tot de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben. Dat beginsel moet bijgevolg door de nationale rechter in acht worden genomen. Dat is ook het geval wanneer de nieuwe wetgeving in strijd is met communautaire richtlijnen. Aangezien richtlijnen uit zichzelf geen verplichtingen aan particulieren kunnen opleggen, mag de Italiaanse rechter niet de nieuwe Italiaanse wetgeving buiten toepassing laten wegens strijd met het Gemeenschapsrecht indien dat er toe zou leiden dat de zwaardere strafsancie uit de oude wet wordt toegepast.

Het instrumentarium voor handhaving van het Gemeenschapsrecht heeft weer een uitbreiding gekregen. Gebleken is dat niet-naleving van de uitspraken

Een effectief aandeel in de steeds verder verstrengende Nederlandse en Europese wetgeving houdt in dat de betrokken Nederlandse instellingen waar nodig zo vroeg mogelijk interveniëren. Dat gebeurt tot nu toe nog suboptimaal.

waarin het HvJ EG een schending heeft geconstateerd een lidstaat duur kan komen te staan: in zijn uitspraak van 12 juli 2005 heeft het HvJ EG voor het eerst – en in afwijking van het voorstel van de Commissie – een lidstaat wegens het niet-nakomen van een eerdere uitspraak van het Hof veroordeeld tot het betalen van zowel een forfaitaire som als een dwangsom. In casu ging het om het uitblijven van maatregelen naar aanleiding van de door het HvJ EG reeds in zijn uitspraak van 11 juni 1991 geconstateerde schending van de op Frankrijk rustende verplichtingen ten aanzien van de controle op de naleving van visserijvoorschriften. De Commissie achtte een dwangsom van 316 500 Euro voor elke dag dat de schending voortduurt – te rekenen vanaf de tweede uitspraak van het Hof – gepast. Het Hof oordeelde dat gelet op de lange duur van de niet-nakoming en de in het geding zijnde publieke en particuliere belangen, daarboven veroordeling tot een forfaitaire som met een hoogte van 20.000.000 Euro op haar plaats was.⁸⁰

4. Europese ontwikkelingen

Constitutionele crisis

Hoe verder? Op deze moeilijke vraag dienden de staatshoofden en regeringsleiders een antwoord te geven na het Franse en het Nederlandse nee tegen de Europese Grondwet. Uiteindelijk is besloten om op deze vraag voorlopig geen antwoord te geven en een 'period of reflexion' in te lassen. Maar niet alleen de ontwikkelingen rond de Europese Grondwet hebben het Europese integratieproces een gevoelige slag toegebracht. Tussen de lidstaten bestaat ook grote onenigheid over een belangrijk onderdeel van het EU budget: de landbouwsubsidies. Ook met betrekking tot deze kwestie is een oplossing nog lang niet in zicht.

75. Zie hierover J.W.A. Fleuren, 'Een ieder verbindende bepalingen van verdragen' (diss. Nijmegen), Den Haag 2004. Zie voor een 'open' houding ook ABRvS 15 september 2004, AB 2005, 12, m.nt. ChB, JB 2004, 358, m.nt. Vlemminx & Vlemminx.

76. HR 18 maart 2005, NJ 2005, 201, m.nt. EAA (Staat/Van Mechelen c.s.); HR 21 oktober 2003, NJ 2005, 196, m.nt. EAA (Staat/L(orsé)). Vgl. V.V.R. van Bogaert, 'De rechter beoordeeld' (diss. Groningen), Apeldoorn/Antwerpen 2005.

77. M. Scheltema, 'Het recht van de toekomst' (oratie Utrecht), Deventer 2005. Vgl. ook J.H. Jans, 'Doorgesloten?' (oratie Groningen), Groningen 2005.

78. HvJ EG 16 juni 2005, C-105/03.

79. HvJ EG 3 mei 2005, C-387/02, C-391/02 en C-403/02 (Berlusconi e.a.).

80. HvJ EG 12 juli 2005, C-304/2 (Commissie/Frankrijk).

De 'kwestie' Buttiglione

De goedkeuring van de nieuwe Commissie door het Europees Parlement in het najaar van 2004 bleek geen formaliteit. Het beoogde Nederlandse Commissie-lid Kroes werd tijdens de hoorzittingen kritisch ondervraagd over haar banden met het bedrijfsleven, die volgens sommigen een obstakel zouden vormen voor haar functioneren als Commissaris Mededinging. Zo zwaar als kandidaat-Commissaris Buttiglione kreeg Kroes het echter niet. Hoewel het Europees Parlement formeel alleen de gehele Commissie kan goedkeuren en niet een afzonderlijk Commissie-lid naar huis kan sturen, slaagde het Parlement erin Buttiglione uit de Commissie te houden. Deze kandidaat-Commissaris werd door veel Parlementariërs vanwege zijn conservatieve opvattingen weinig geschikt geacht voor de post Justitie, Vrijheid en Veiligheid. Uiteindelijk is de beoogde voorzitter van de Commissie, Barroso, gezwichd voor de druk van het Europees Parlement en is er een nieuwe kandidaat-Commissaris voor deze post voorgesteld: Frattini. De Commissie is vervolgens op 18 november 2004 – een maand later dan oorspronkelijk gepland – door het Europees Parlement goedgekeurd.⁸¹ Deze gang van zaken bracht een euforische stemming teweeg. Velen zagen daarin de definitieve emancipatie van het Europees Parlement, waarbij zelfs vergelijkingen werden gemaakt met de aloude 'kwesties' tussen het Nederlandse parlement en de Koning. Wat daarvan ook zij, de 'kwestie Buttiglione' zal zeker een klassieker worden in de handboeken Europees constitutioneel recht.

Stabiliteit?

De veronachtzaming van het stabiliteitspact door Frankrijk en Duitsland en later ook door de Raad van Ministers zorgde in ieder geval in Nederland voor wrevel. De uitkomst van het daaropvolgende vernietigingsberoep van de Commissie tegen de Raad (C-27/04) stemde de Nederlandse regering dan ook tot tevredenheid. Het HvJ EG vernietigde de conclusies van de Raad, waarin was bepaald dat de buitensporig-tekort-procedure voorlopig werd opgeschort en waarin Frankrijk en Duitsland een nieuwe termijn kregen om aan het stabiliteitspact te voldoen. De gronden van de vernietiging waren zuiver procedureel, omdat het Hof naar eigen zeggen niet was gevraagd of de Raad ook gedwongen kan worden om een buitensporig-tekort-procedure door te zetten. De vernietiging rustte op het feit dat de Raad een besluit met rechtsgevolgen had genomen zonder basis in een door artikel 104 EG voorgeschreven aanbeveling van de Commissie. Daarmee is zeker niet het laatste woord gezegd over de verhoudingen tussen de Instellingen en de lidstaten bij budgettaire beleid. Het blijft een netelige kwestie in het grijze gebied tussen politiek en recht. Intussen hebben de politieke organen van de EG het stabiliteitspact gewijzigd om de toezichts- en sanctiemechanismen flexibeler te maken, d.w.z. meer 'smoezen' toe te laten voor excessieve tekorten.⁸²

Verdere uitbreiding?

Geen echt nieuws meer, maar wel gebeurd in deze kroniekperiode: de uitbreiding per 1 mei 2004 van de EU met tien nieuwe lidstaten. In het kielzog daarvan doen zich ook nieuwe vraagstukken voor. Zo heeft de Commissie de eerste fase van een inbreukprocedure opgestart tegen Nederland, omdat hier onaantvaardbare restricties zouden worden gelegd op het vrije dienstenverkeer van Polen, terwijl er volgens het Toetredingsverdrag slechts uitzonderingen op het EG-Verdrag mogen worden gemaakt om het vrije verkeer van Poolse werknemers te beperken.⁸³ Verdere uitbreiding blijft nog steeds op het pro-

gramma staan. Op 25 april 2005 is het toetredingsverdrag tussen de EU-lidstaten en Bulgarije en Roemenië gesloten.⁸⁴ Toetreding is voorzien voor 1 januari 2007, maar die datum kan met een jaar worden uitgesteld indien er een ernstig risico is dat één van beide landen niet in staat is te voldoen aan de verplichtingen van het EU-lidmaatschap. De (tijds) toetreding van Roemenië is inmiddels ernstig in gevaar gebracht doordat het constitutionele hof van dat land op 6 juli 2005 de voor toetreding noodzakelijke veranderingen in het rechterlijke apparaat ongrondwettelijk heeft geoordeeld.

De toetredingsonderhandelingen met Kroatië zijn door de Raad op 16 maart 2005 op de lange baan geschoven wegens gebrek aan consensus tussen de lidstaten over de vraag of Kroatië voldoende medewerking verleent aan het Joegoslavië-tribunaal.⁸⁵ De opening van de toetredingsonderhandelingen met Turkije staat gepland voor oktober 2005; de Commissie heeft in juni hiertoe een kaderdocument vastgesteld.⁸⁶ In dat document wordt de voortgang van de onderhandelingen afhankelijk gesteld van de bescherming van de mensenrechten door Turkije en wordt de mogelijkheid genoemd van alternatieve vormen van verdere integratie indien duidelijk wordt dat Turkije niet aan de toetredingsvoorwaarden zal kunnen voldoen.⁸⁷ Dat de onderhandelingen ook daadwerkelijk in oktober van start zullen gaan is allerminst zeker: Cyprus heeft laten weten niet met het kaderdocument akkoord te zullen gaan voordat Turkije het Protocol heeft ondertekend waarmee de douane-unie wordt uitgebreid met de tien nieuwe EU-lidstaten, omdat dit laatste impliciet een erkenning van Cyprus zou inhouden. Inmiddels heeft Turkije het Protocol ondertekend, maar ontkent het dat dit een erkenning van Cyprus inhoudt.⁸⁸

Ontwikkelingen in de rechterlijke organisatie

In 2004 heeft het HvJ EG 665 zaken afgehandeld, 30% meer dan in 2003. Factoren die mogelijk hebben bijgedragen aan deze opvallende stijging is de uitbreiding van de capaciteit door de komst van tien rechters en advocaten-generaal uit de nieuwe lidstaten en een versnelling van de werkmethode (zoals de mogelijkheid om uitspraak te doen zonder eerst de Conclusie van de advocaat-generaal te hebben gehoord).⁸⁹ Tot een aanmerkelijke verkorting van de duur van de prejudiciële procedure hebben deze verbeteringen vooralsnog niet geleid: deze bedroeg in 2004 23,5 maanden, dat is twee maanden minder dan de gemiddelde duur van de prejudiciële procedure in 2003.

Het HvJ EG heeft ondertussen een kans op een meer efficiënte samenwerking met de nationale rechter laten liggen, door geen antwoord te geven op een prejudiciële vraag die weliswaar geen relevantie meer had voor het geding naar aanleiding waarvan de vraag was gesteld, maar wel voor vergelijkbare zaken die bij de nationale rechter aanhangig waren. Het ging om een prejudiciële vraag van de Spaanse rechter naar aanleiding van een geschil over pensioenrechten. Dit geschil was inmiddels opgelost, maar de

Gebleken is dat niet-naleving van de uitspraken waarin het HvJ EG een schending heeft geconstateerd een lidstaat duur kan komen te staan.

81. Resolutie van het Europees Parlement over de verkiezing van de nieuwe Commissie (P6_TA(2004)0063). Zie nader het Editorial,

Power to the people of the European Union – Right on?, CMLR 2004, p. 1475-1479 en diverse bijdragen aan European Constitutional Law Review 2005, nr 2.

82. Verordeningen 1055 en 1056/2005 (EG) tot wijziging van verordeningen 1466 en 1467/97 (EG), PbEU 2005, L 174/1-9.

83. Persbericht van de Commissie van 27 juli 2005 (IP/05/1014).

84. Verdrag betreffende de toetreding van de republiek Bulgarije en Roemenië tot de Europese Unie, PbEU 2005, L 157/11.

85. Conclusies van de Raad van 16 maart 2005 (2649ste Raadsvergadering).

86. Europa.eu.int/comm/enlargement/docs/pdf/negotiating_framework_turkey.pdf.

87. Vgl. S.C. Blommendaal, H.J. Sepers & G.A.M. Strijards, 'De toetreding van Turkije tot de rechtsgemeenschap van de EU', NJB 2004, p. 1487-1492.

88. Zie de berichtgeving in NRC Handelsblad van 30 juli 2005, p. 5.

89. www.curia.eu.int/nl/instit/presentationfr/index.htm.

90. HvJ EG 20 januari 2005, C-255/02 (García Blanco).

Spaanse rechter wilde toch nog graag een antwoord omdat er nog vergelijkbare zaken aanhangig waren. Het Hof achtte zich niet gehouden een antwoord te geven omdat het niet zijn functie is rechtsgeleerde adviezen te geven.⁹⁰

Voor de nabije toekomst valt een verdere verlichting van de werkdruk van Hof en Gerecht te verwachten: de Raad heeft besloten om gebruik te maken van de door het Verdrag van Nice geboden mogelijkheid om rechterlijke kamers in te stellen die kennis nemen van bepaalde categorieën van beroepen door de instelling van een Gerecht voor ambtenaren van de Europese Unie. Dit Gerecht zal voornamelijk bestaan uit zeven rechters.⁹¹

De Gemeenschap en het EVRM

De Bosphorus-zaak is een belangrijke uitspraak over de relatie tussen de EG/EU en het EVRM.⁹² Zoals wel vaker is gebeurd, was er een klacht ingediend tegen een lidstaat (Ierland) omdat de EU zelf geen partij is bij het EVRM (een situatie die met de waarschijnlijke verwerping van de Europese Grondwet die toetreding mogelijk zou moeten maken, nog wel even zal voortduren). De implementatie van de betreffende communautaire verplichtingen door Ierland zou een schending van het EVRM hebben opgeleverd. De Ierse autoriteiten hadden een Joegoslavisch vliegtuig aan de ketting gelegd om uitvoering te geven aan de communautaire politieke sancties tegen dat land, die in een verordening waren neergelegd. De exploitant van het vliegtuig, de Turkse firma Bosphorus, beweerde dat dit een ongerechtvaardigde frustratie van zijn eigendomsrecht in de zin van artikel 1 Eerste Protocol EVRM behelsde.

In zijn uitspraak introduceert het EHRM een nieuwe toets om te beoordelen of sprake is van een schending van het EVRM wanneer een staat uitvoering geeft aan de verplichtingen die uit het EU-lidmaatschap voortvloeien. Het Hof bevestigt ten dele de lijn die eerder in *M&Co* is uitgezet, namelijk dat de grondrechtenbescherming in de EG wordt geacht op een dusdanig 'equivalent beschermingsniveau' te zijn dat daaraan een assumptie van rechtmatigheid toekomt. In *M&Co* hield het daarna voor de klager op: de Commissie verklaarde de klacht niet-ontvankelijk. In *Bosphorus* daarentegen voegt het EHRM hieraan toe dat deze veronderstelling kan worden weerlegd wanneer in de concrete omstandigheden sprake is van een evident tekortschieten met betrekking tot de bescherming van de rechten uit het EVRM. Volgens het EHRM biedt het EG-recht een equivalente mensenrechtenbescherming en zijn er in het concrete geval geen 'contra-indicaties' die de veronderstelling dat er geen sprake is van een schending van het EVRM weerleggen. Hoewel het uiteindelijke oordeel van het EHRM positief uitpakt blijkt uit de concurring opinions dat er in Straatsburg ook wel de nodige kritiek bestaat op de rechtbescherming in het kader van het EG-recht, en dan met name op de beperkte toegang van particulieren tot de Europese rechter.⁹³ Verder blijkt uit deze uitspraak dat het Hof in het kader van de toets 'prescribed by law' genoeg neemt met de verordening zelf, bij ontbreken van nationale implementatiewetgeving.

5. Uitleiding

In de inleiding van deze kroniek is sterk de nadruk gelegd op constitutionele mislukkingen, terwijl in het verloop ervan toch een flink aantal meer positieve ontwikkelingen is gemeld. Met deze aanpak is beoogd de lezer uiteindelijk het gevoel te geven dat het allemaal wel meevalt. Voor zover dat niet gelukt mocht zijn, zij verwezen naar de – ten onrechte niet

in eerdere kronieken signaleerde – therapeutische bijdrage van P.J. Schiltz over juristerij met de titel 'On Being a Happy, Healthy, and Ethical Member of an Unhappy, Unhealthy, and Unethical Profession'.⁹⁴

Een selectie overige literatuur

- J.Th.J. van den Berg, 'De aanspraak der Natie', Het koninklijk recht van kamerontbinding en de rol van de kiezer (oratie Maastricht), 2004.
- P.P.T. Bovend'Eert & H.R.B.M. Kummeling, Het Nederlandse parlement (tiende druk), Deventer 2004.
- J.L.W. Broeksteeg, Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid in het staatsrecht (diss. Groningen), Deventer 2004.
- J.L.W. Broeksteeg & L.F.M. Verhey (red.), Een versterking van de minister-president?, Deventer 2005
- M. Claes, The National Courts' Mandate in the European Constitution (diss. Maastricht), 2004.
- E.R. Engelen & M. Sie Dhian Ho (red.), De staat van de democratie. Democratie voorbij de staat (WRR-Verkenning 4), Amsterdam 2004.
- J.W.M. Engels & M. Nap, De ontwikkeling en toekomst van de vertegenwoordigende democratie, Bijdragen Staatsrechtconferentie 2003, Deventer 2004.
- H.U. Jessurun d'Oliveira e.a., Grondwet van de republiek Nederland: drie modellen, Amsterdam 2004.
- K. Lenaerts & P. van Nuffel, Constitutional Law of the European Union, London 2005.
- N. Lavranos, Legal Interaction between Decisions of International Organizations and European Law, Groningen 2004.
- C.A.J.M. Kortmann, Constitutioneel recht (vijfde druk), Deventer 2005.
- L. Prakke & C.A.J.M. Kortmann (red.), Het staatsrecht van de landen van de Europese Unie (zesde druk), Deventer 2004.
- J.M. Prinssen, Doorwerking van Europees recht (diss. UvA), Deventer 2004.
- B.F. Steur, H. van Dijk & G.-J. van den Nieuwenhuizen (red.), Democratische vergezichten. Essays over de representatieve democratie in Nederland, Den Haag 2004.
- T.A.J.A. Vandamme, The Invalid Directive (diss. UvA), Groningen 2005. ■

91. Besluit van de Raad van 2 november 2004 tot instelling van een Gerecht voor ambtenarenzaken van de Europese Unie (2004/753), *PbEU* 2004, L 333, p. 7.

92. EHRM 30 juni 2005.

93. Zoals recentelijk ten aanzien van algemeen verbindende voorschriften opnieuw bevestigd in HvJ EG 1 april 2004, C-263/02, AB 2004, 210, m.nt. RW (Jégo Quéré).

94. Vanderbilt Law Review 1999, p. 871-951.